

ת"פ 2162/05/21 - מדינת ישראל נגד שון כהן

בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו
ת"פ 2162-05-21 מדינת ישראל נ' כהן

לפני בעניין:	כבוד השופט אורן שגב המאשימה
נגד הנאשם	מדינת ישראל ע"י ב"כ עוה"ד דן טוניק
	שון כהן

גזר דין

לאחר שנתתי את דעתי לטענות הצדדים ולראיות שהוגשו, החלטתי לזכות את הנאשם מהעבירות המיוחסות לו בגין העסקה שלא כדין ובגין העסקה ללא היתר, בניגוד לחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991 ולהורות על ביטול כתב האישום כנגדו ביחס לעבירה של אי עריכת ביטוח, וזאת מחמת הגנה מן הצדק מסוג אכיפה בררנית.

העובדות הצריכות לעניין

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של העסקה שלא כדין - עבירה על סעיף 2(א)(1) לחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991, העסקה ללא היתר, עבירה על סעיף 2(א)(2) + סעיף 1 לחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991 והעסקה ללא ביטוח רפואי - עבירה על סעיף 2(ב)(3) לחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991.
2. בהתאם לכתב האישום, הנאשם היה בזמנים הרלוונטיים לכתב האישום המחזיק והמפעיל של מלון ברחוב מונטיפיורי 16 בתל אביב (להלן - המלון). ביום 04.02.20, במסגרת ביקורת שערכו מפקחי רשות האוכלוסין וההגירה, נמצא במלון עובד זר שעבד כחדרן במלון (להלן - **העובד**). הנאשם העסיק את העובד בתקופה שבין 01.04.2018 ועד ליום 04.02.2020, שלא על פי היתר כדין, שכן העובד, שהחזיק ברישיון ביקור מסוג ב/2 (תייר), שתוקפו פג ביום 30.07.15, לא היה רשאי לעבוד בישראל. בנוסף, הנאשם הועסק מבלי שהוסדר עבורו ביטוח רפואי בתקופה שמיום 01.09.18 ועד ליום 04.02.20.
3. בדיון שהתקיים בפניי ביום 03.05.22 הודיע ב"כ המאשימה, כי הנאשם הציג בפניי צילומי מסמכים הנחזים להיות אשרות ביחס לעובד במשך תקופת העסקתו, וביקש שהות של 30 יום על מנת לבחון האם יש מקום, בנסיבות העניין, לתקן את כתב האישום, או לסיים את ההליך בהמרה להליך מנהלי.
4. ביום 06.06.22 הודיע ב"כ המאשימה, כי המדינה עומדת על כתב האישום כפי שהוגש. לפיכך, ביום 12.12.22 התקיים בפניי דיון הוכחות.

5. הנאשם הקדים וטען, כי מדובר בעסק הראשון שהוא מפעיל ובפעם הראשונה שהוא מעסיק עובד זר, וכי האחרון הציג בפניו אשרות, שלימים התבררו כמזויפות. הנאשם הציג בפני בית הדין את האשרות הללו.
6. בחקירתו הנגדית אישר לב"כ המאשימה, כי אכן העסיק את העובד וכי לא שלח בזמן את האשרות שהוצגו בפניו מכיוון שרואה החשבון שלו באותה תקופה היה חולה במחלה קשה, ולכן הציג לראשונה בבית הדין, לאחר שרואה החשבון החדש שלו, שהחליף את רואה החשבון הקודם, שבינתיים הלך לעולמו, מסר לו אותן ביחד עם מסמכים רבים נוספים. עוד ציין, כי "על בסיס אותן אשרות, שבדיעבד הסתבר לי שהם מזויפות, חברת הביטוח ביטחה את העובד מבלי להזהיר אותי ומבלי לדעת בעצמה שמדובר במסמך מזויף ולכן לא היתה לי שום אפשרות לחשוד שמדובר באשרות מזויפות". בחקירתו הכחיש הנאשם מכל וכל את האפשרות שהוא זה שזייף את האשרות.
7. בסיכומיו, טען ב"כ המאשימה, כי אין מחלוקת שהנאשם העסיק את העובד בתקופות מושא כתב האישום, וכי בזמן אמת הנאשם לא הציג את האשרות לתקופה המיוחסת לו בכתב האישום, כי אם רק לאחר הגשת כתב האישום. לפיכך, טען כי המאשימה מבקשת לטעון כי מדובר בגרסה כבושה, ויש להעדיף את הגרסה בזמן אמת ולא לתת אמון בגרסת הנאשם, לפיה היו אשרות גם בתקופה הרלוונטית בכתב האישום.
8. לאור האמור לעיל, ביקש להרשיע את הנאשם בעבירות המיוחסות לו בגין העסקה שלא כדין והעסקה ללא היתר.
9. לגבי עבירת הביטוח, טען כי הנאשם הודה שאין בידו להציג אישור ביטוח לתקופה בכתב האישום ועל כן יש להרשיע אותו כמי שלא הצליח להפריך את הטענה כי לא היה ביטוח.
10. עוד הוסיף, כי ככל שבית הדין יראה לנכון לקבל את גרסתו המאוחרת של הנאשם ולקבוע כי לא מתקיים היסוד הנפשי, כך שנישאר רק עם עבירת הביטוח, ובמענה לטענות הנאשם בהקראה, המאשימה תטען, כי יש לבחון את שיקול הדעת שלה בעת הגשת כתב האישום, וכי נכון הדבר, כי בעבירה ראשונה יחידה של אי קיום ביטוח, המאשימה נוהגת להטיל קנס מנהלי בלבד, "אך כאשר קיימים נימוקים המצדיקים הגשת כתב אישום יזום כמו במקרה זה וכמו במאות מקרים שהוגשו לבית הדין, דהיינו כאשר מדובר בהעסקה לתקופה ממושכת וכאן מדובר בהעסקה של שנתיים שלא כדין, הרי המאשימה לא מפצלת בהליכי האכיפה בין עבירת העסקה לבין הביטוח, ובדין הוגש כתב האישום גם על עבירת הביטוח ועל כן אין מקום להתערב בשיקול דעת המאשימה ולכן אין מקום לטענה של אכיפה בררנית".
11. לעניין אי הרשעה, המשך וטען, שזה לא השלב, ובכל מקרה הנאשם צריך להראות שהוא עומד בהלכת כתב.
12. לשאלת בית הדין, מדוע משהוצגו האישורים על ידי הנאשם בשלב מאוחר יותר, ובשים לב להסבריו כי האיחור בהגשתם נבע ממותו של רו"ח ומהזמן שלקח לרו"ח החדש לאתר מסמכים אלה, המדינה לא שבה ושקלה את הגשת כתב האישום נגדו, וכל זאת בהנחה שאין ראייה לכך שהנאשם קשור באופן כלשהו לזיופם של המסמכים הללו, שב"כ המאשימה על הטענה כי עמדת המדינה היא, שיש להעדיף את גרסתו הראשונה של הנאשם, וכי הוא הציג את האישורים רק לאחר הגשת כתב האישום, ובחלוף שנה מהחקירה. לכן, המאשימה סבורה כי אין לתת אמון בגרסתו.
13. הנאשם טען, כי מרגע שהתיקים של רואה החשבון שנפטר, הרצל ברוך אסולין ז"ל, עברו לידי רו"ח אלברט

גמליאל יבדל"א, הוא קיבל אותם לידי ביחד עם הרבה מסמכים הקשורים לשנים 2017 ו- 2018 ולקח לו זמן לעבור על המסמכים הללו.

14. ביחס לעבירת הביטוח, שב וטען, כי מדובר באכיפה בררנית משעה שכשמדובר בעבירה ראשונה על ביטוח בלבד, המדינה נוהגת להטיל קנס מנהלי ולא להגיש כתב אישום.

15. ביחס לטענה של ב"כ המאשימה לפיה איחר בהגשת המסמכים, טען, כי כבר בדיון הקודם סיפר לב"כ המאשימה שבמהלך השנה האחרונה אביו עבר אירוע מוחי, וכי הוא יציג את המסמכים הרפואיים הרלוונטיים.

דין והכרעה

16. כאמור בפתח הדברים, החלטתי לזכות את הנאשם מהעבירות המיוחסות לו ביחס להעסקת עובד זר שלא כדן והעסקת עובד זר ללא היתר, ולהלן נימוקיי.

עבירות ההעסקה שלא כדן - לא מתקיים היסוד הנפשי

17. בהתאם לסעיף 19 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן - **חוק העונשין**), אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם נקבע כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או אם העבירה היא מסוג עבירות של אחריות קפידה.

18. מחשבה פלילית מוגדרת בסעיף 20 לחוק העונשין כ"מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה". לעניין התוצאה יש לבחון האם היתה כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות, היינו, האם הנאשם ראה מראש את התרחשות התוצאה כאפשרות קרובה לוודאי. לחילופין יש לבדוק האם פעל בפזיזות, קרי, מתוך אדישות לאפשרות גרימת התוצאות האמורות או מתוך קלות דעת בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאה, מתוך תקווה להצליח למנוע אותה.

19. היסוד הנפשי נבחן גם באספקלריה של פעולה או מחדל מתוך רשלנות, קרי, אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט.

אשר לענייננו

20. הנאשם הציג אשרות שהייה שהעובד הזר הציג בפניו. בדיעבד, הסתבר כי אשרות אלה מזויפות, וכי אין לנאשם עצמו כל קשר למעשה הזיוף. הנאשם טען, כי הסתמך על האשרות הנ"ל, ועל בסיסן אף ערך ביטוח רפואי לעובד הזר בחלק מהתקופה. גם חברת הביטוח בה רכש ביטוח לעובד הזר עשו כן בהסתמך על אותן אשרות מזויפות.

21. המאשימה מצדה לא טענה וממילא לא הוכיחה כי אדם מן היישוב יכול בנקל או במאמץ סביר, לגלות כי מדובר באשרות מזויפות, וטענתה היחידה מדוע לא להתחשב בקיומן של האשרות המזויפות נסמכת על הטענה, הנכונה כשלעצמה, כי האשרות הוצגו בפניה רק לאחר שהוגש כתב האישום.

22. מן המקובץ לעיל עולה, כי המאשימה לא הוכיחה כי לנאשם היתה מודעות כלשהי לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כמצוות החוק. כפועל יוצא מכך, גם לענין התוצאה, לא הוכח כי לנאשם היתה כוונה לגרום לתוצאה הבלתי רצויה של העסקה ללא היתר; לא הוכח כי פעל מתוך פזיזות או אדישות או כי פעל מתוך רשלנות.

23. לאור האמור לעיל, אין מנוס מהקביעה כי לא הוכח קיומו של היסוד הנפשי בעבירות המיוחסות לנאשם, בכל הקשור להעסקה שלא כדין, והתוצאה היא כי אני מורה על זיכוי של הנאשם מעבירות אלה.

האישום הנוגע לעבירת הביטוח - ביטול מחמת הגנה מן הצדק

24. אין חולק בענייננו, כי הנאשם פעל בניגוד להוראת סעיף 2(ב)(3) לחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991 ולא ערך ביטוח רפואי לעובד הזר בחלק מתקופת העסקתו, כמתואר בכתב האישום.

25. הנאשם טען להגנתו כי עומדת לו טענת הגנה מן הצדק בגין אכיפה בררנית של רשות האכיפה, וזאת משום שהמאשימה נוקטת במדיניות של אי הגשת כתבי אישום בגין מי שעבר על עבירת הביטוח בלבד, וזו לו הפעם הראשונה. במקרה זה, המאשימה מסתפקת בהטלת קנס מנהלי. ב"כ המאשימה אישר זאת במהלך הדיון.

26. לפיכך, טען, כי ההחלטה להותיר את כתב אישום נגדו גם לאחר שנודע למאשימה, הגם שבאיחור, כי הוא מחזיק בידו אשרות שהייה ועבודה שהוצגו בפניו ושוב אין מקום להאשימו בעבירה של העסקה שלא כדין, היא החלטה המפלה אותו לרעה ביחס לכל אותם מעסיקים שבגין אותה עבירה בדיוק - העסקה ללא ביטוח בפעם הראשונה - הוטל עליהם קנס מנהלי בלבד.

27. לטענת המאשימה, יש לבחון את מעשיה בזמנים הרלוונטיים להחלטה על הגשת כתב אישום, אז הואשם הנאשם ב-2 עבירות נוספות של העסקה שלא כדין והעסקה ללא היתר. מכאן, והואיל ואין חולק כי לא היה ביטוח כנדרש, יש להרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו, גם אם יזוכה משתי עבירות ההעסקה.

28. **אין בידי לקבל את עמדת המאשימה, ואבהיר.**

29. הלכה מושרשת היא, כי ההחלטה בדבר הגשת כתב אישום, מצויה במתחם שיקול הדעת של המאשימה ובית הדין לא ישים עצמו בנעלי הרשות שלה ניתנה הסמכות לפעול על פי דין, אלא מקום בו מוכח, כי שיקול הדעת לא הופעל כלל או הופעל בחוסר סבירות קיצוני, שרירות לב או בניגוד לכללי הצדק הטבעי (בג"צ 5699/07 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (ניתן ביום 26.02.08)). יחד עם זאת, אופן הפעלת הסמכות ע"י רשויות התביעה ושיקול הדעת של תובע, נתונים לביקורת שיפוטית בהיותם החלטות מתחום המשפט המנהלי (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרוץ** (10.9.13)).

30. לפיכך, שעה שרשות אכיפה מוסמכת מוסרת לאזרח הודעת קנס או מחליטה להגיש נגדו כתב אישום, שומה עליה לפעול בהתאם לכללי המשפט המנהלי, והפרה של כללים אלה עשויה להקים טענת הגנה מן הצדק שיש בכוחה כדי להביא לבטלותו של ההליך שננקט כנגד הפרט (ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** (נבו הוצאה לאור בע"מ, תשס"ט - 2009) עמ' 139 - 166).

31. מקום שבו נטענת טענה של "הגנה מן הצדק" מן הראוי לבחון את מידת "נפסדותה" של התנהגות הרשות בנפרד משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם, שהרי גם אם אשמתו גלויה וברורה על פני הדברים, אין בכך כדי למנוע ממנו מלחסות תחת טענת הגנה מן הצדק, אם נתקיימו הנסיבות המיוחדות המצדיקות זאת (בג"צ 1563/96 **כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד נה (1) 529, 549 - 550). בהעלאת טענת הגנה מן הצדק יש אפוא "תקיפה עקיפה" של החלטה להעמדה לדין (ע"פ 4855/02 **בורוביץ נ' מדינת ישראל** פ"ד נט (6) 776, 816).
32. ולבסוף, בעניין זה, הסמכות לבחון את שיקול דעתה של המאשימה ביחס להחלטה להגיש כתב אישום יזום בתיק קונקרטי, חלף הליך מנהלי, נתונה בידי הערכאה הדיונית הדנה בתיק (בג"צ 912/11 **א.י.ל. סלע נ' מדינת ישראל**).
33. אשר לטענה בדבר אכיפה בררנית, אקדים ואציין, כי מדובר באכיפה הפוגעת בשוויון בכך שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא" (בג"ץ 6396/96 **זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע**, פ"ד נג(3) 289, 305 (1999), כפי שמובא בבר"ש 4252/16 **יהושע אלגלי נ' נציבות שירות המדינה** (ניתן ביום 05.07.2016) (להלן - **עניין אלגלי**). לשון אחר, אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים - כאשר מדובר במקרים דומים - היא אכיפה בררנית, והדבר יכול לבוא לידי ביטוי בשתי דרכים: הראשונה - החלטה להעמיד לדין רק חלק מן המעורבים בפרשה נדונה; השנייה - החלטה להעמיד לדין אדם שעה שבעניינים דומים לא הוגשו כתבי אישום (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (ניתן ביום 10.9.13)).
34. על הנזקים הגלומים באכיפה הפוגעת בשוויון נפסק, כי "אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם" (בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988) (כפי שמובא בעניין אלגלי)).
35. השאלה בה עלי לדון אפוא נוגעת לשיקול הדעת שהופעל ע"י המאשימה לאחר שנודע לה שהנאשם הסתמך על אשרות מזויפות והאם החלטה להותיר את כתב האישום על כנו פוגעת בעקרון השוויון במקרה דנן.
36. אקדים ואציין, כי מקובלת עלי טענת ב"כ המאשימה, כי שעה שנתקבלה החלטה המקורית בדבר הגשת כתב האישום, לא נפל דופי בהליך, שכן בהיעדר אשרת שהייה כלשהי, לא היה מנוס מהגשת כתב אישום הכולל גם את עבירת הביטוח. יחד עם זאת, מרגע שהתברר, הגם שבאיחור ניכר, כי עומדת לנאשם הגנה טובה מפני שני האישומים המתייחסים להעסקה שלא כדין וללא היתר, מן הראוי היה שהגורם האחראי במאשימה יפעיל שיקול דעת ויורה על ביטול כתב האישום ויטיל על הנאשם קנס מנהלי בגין עבירת הביטוח, כמקובל.
37. להצדקת עמדתה, טענה המאשימה, כי הוחלט לעמוד על כתב האישום משום שטענתו של הנאשם בדבר אשרות השהייה שהיו ברשותו, היא טענה כבושה ואין לתת בה אמון. אני דוחה טענה זו, ואבהיר.
38. ראשית, בפני המאשימה הוצגו ראיות חפציות - האשרות המזויפות עצמן, וגם אם הנאשם הצליח להשיג ראיות המוכיחות את חפותו ברגע האחרון, שומה היה על המאשימה לקחת זאת בחשבון, בוודאי שעה שאין בפיה טענה כלשהי ביחס לאשרות עצמן, ואזכיר, כי לא הוכח כי לנאשם עצמו יד ורגל בהפקת האשרות המזויפות.

39. החלטת המאשימה להתעלם מהראיות הללו, שיש בהן כדי להביא לזיכוי המוחלט של הנאשם (לאור היעדרו של היסוד הנפשי הנדרש לעבירה), אינה סבירה בעיניי ודינה להתבטל. הדעת אינה סובלת כי רק בשל האיחור בהצגתן, המאשימה תתעלם מראיות מזכות; שנית, הנאשם העמיד הסבר סביר, שלא נסתר, לסיבת האיחור בהגשת הראיות - מחלתו של רואה החשבון, שלימים נפטר, והעברת החומר לרואה חשבון חדש, ובנוסף, מחלתו של אבי הנאשם - טענה שנתמכה באישורים שהוצגו למאשימה.

40. האמור לעיל מוביל למסקנה, כי לא היה זה סביר מצד המאשימה לעמוד על כתב האישום כמות שהוגש, שעה שהתברר לה למעלה מכל ספק, כי אין בסיס להאשמה ביחס להעסקה שלא כדיון. התוצאה מכך היא כי נותרה רק עבירת הביטוח, שבגינה, בהתאם למדיניותה שלה, היה על המאשימה להטיל עליו קנס מנהלי, כפי שהיא נוהגת לעשות במקרים דומים.

41. ההחלטה לנהוג עם הנאשם באופן שונה, הפלתה אותו לרעה, ללא צידוק, ומכאן שדין ההחלטה להגיש נגדו כתב אישום בנסיבות שנוצרו לאחר שהציג את האשרות, להתבטל.

42. קבלת עמדת המאשימה תוביל למצב בלתי נסבל שתוצאתו ברורה - **התעלמות מראיות חפציות מזכות מן הטעם שהוגשו באיחור שמובילה להגשת כתב אישום בניגוד למדיניות המאשימה עצמה.**

43. יש להצר על גישת המאשימה, במיוחד מקום בו מדובר באדם נורמטיבי, שזהו לו המפגש הראשון עם רשויות אכיפת החוק, והדבר נכון שבעתיים, שעה שמדובר בנאשם שאינו מיוצג.

44. לאור כל האמור לעיל, אני פוסק כי מקרה זה בא בגדר אותם מקרים חריגים בהם חוש הצדק אינו יכול להשלים עם השארתו של כתב האישום על כנו, ובהתאם לכך, אני מורה על ביטולו ביחס לעבירת הביטוח.

אחרית דבר

45. אני מורה על זיכוי של הנאשם מהעבירות של העסקה שלא כדיון והעסקה ללא היתר.

46. אני מורה על ביטולו של כתב האישום כנגד הנאשם בעבירה של העסקה ללא ביטוח רפואי, וזאת מחמת טענת הגנה מן הצדק מסוג אכיפה בררנית.

ניתן היום, ז' חשוון תשפ"ד, 22 אוקטובר 2023, בהעדר הצדדים.